

VU Research Portal

Dwalen door het woud van het openbare orderecht

Brouwer, J.G.; Schilder, A.E.

published in

Trema

2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Brouwer, J. G., & Schilder, A. E. (2011). Dwalen door het woud van het openbare orderecht. *Trema*, 5, 127-134.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Dwalen door het woud van het openbare-orderecht

Aan de burgemeester zijn de laatste jaren zo veel bevoegdheden toegekend om verstoringen van de openbare orde in de publieke ruimte te bestrijden dat het lastig is om door de bomen het bos nog te zien. De auteurs zetten ze op een rij en bespreken de al dan niet vermeende meerwaarde ervan.

J.G. BROUWER EN A.E. SCHILDER

1. Inleiding

In de afgelopen jaren zijn in hoog tempo maatregelen ingevoerd om overlast in de publieke ruimte te bestrijden. Op zowel lokaal als bovenlokaal niveau is veel regelgevend werk verzet. Dat verdient op zichzelf waardering, maar van een samenhangend bouwwerk, laat staan van een systeem is allesbehalve sprake. De maatregelen zijn vaak geïsoleerd van elkaar ontworpen, zonder voldoende kennis van reeds bestaand instrumentarium. Terminologisch is sprake van ernstige inconsistenties, centrale begrippen zijn niet gedefinieerd en toepassingscriteria zijn niet of onvoldoende doordacht. Niet zelden stelt de wetgever zich op het standpunt dat de rechter maar orde in deze chaos moet scheppen.¹

Ziet de rechter echter wel door de bomen het bos? Het openbare-orderecht is verworpen tot een bijna ondoordringbaar woud waarin het heel lastig een weg banen is. Vooralsnog hoeven we niet te rekenen op kap- of snoeibewegingen. De regering ziet geen enkel heil in een zogenaamd 'parapluartikel' in de Gemeentewet of een thematische Wet op de openbare orde en veiligheid.²

Derhalve gaan we zelf op zoek naar wegen om overzicht te krijgen. We richten de blik uitsluitend op bestuurlijke maatregelen tegen overlast in de publieke ruimte.³ Alvorens het meest centrale begrip in dit deel van het recht te definiëren – openbare orde – is het eerst noodzakelijk duidelijkheid te scheppen in de chaotische terminologie van 'plaatsen'. Daarna gaan we in op de belangrijkste lokale regelgeving tegen overlast. Vervolgens bespreken we verschillende bevoegdheden van de burgemeester in de Gemeentewet. We sluiten af met een korte terugblik.

HET OPENBARE-ORDERECHT IS VERWORDEN TOT
EEN BIJNA ONDOORDRINGBAAR WOOD WAARIN
HET HEEL LASTIG EEN WEG BANEN IS.

2. Plaatsbegrip

We beginnen dit exposé met een indeling van de plaatsen waar het begrip 'openbare orde' kan spelen. We gaan hierbij uit van de terminologie zoals die wordt gehanteerd in de Wet openbare manifestaties. Aan deze wet ligt een systematische overdenking van de verschillende soorten plaatsen en de met deze indeling verbonden bevoegdheden ten grondslag. Tot voor kort leek de wetgever deze terminologie in de Gemeentewet (hierna: Gemw) ook tot vertrekpunt te hebben gekozen, de laatste wijzigingen – Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast – hebben roet in het eten gegooit.⁴

De Wet openbare manifestaties onderscheidt openbare en andere dan openbare plaatsen. Zij verbindt hieraan consequenties voor de bevoegdheid van de burgemeester en in zijn kielzog, de onder hem ressorterende politie. Een openbare plaats in de zin van de Wet openbare manifestaties is een plaats die voor iedereen openstaat. De toegang is er niet doelgebonden.⁵ Wil hiervan sprake zijn, dan moet aan verschillende criteria zijn voldaan. Het eerste vereiste is dat de plaats openstaat voor het publiek, dat wil zeggen dat in beginsel eenieder vrij is om er te komen, te vertoeven en te gaan. Het verblijf op die plaats wordt door de rechthebbende niet aan een be-

1 Kamerstukken I 1999/00, 26 735, nr. 200a, p. 10. Kamerstukken I 2009/10, 31 467, E 5, p. 5.

2 Brief van het kabinet aan de Tweede Kamer van 7 juli 2010, Kamerstukken II, 28 684, nr. 280; om burgemeesters ter wille te zijn is een zakboek opgesteld met een overzicht van de openbare-ordebevoegdheden, te vinden op de website van het Nederlands Genootschap van Burgemeesters (www.burgemeesters.nl/bevoegdheden).

3 Voor de laatste stand van zaken met betrekking tot maatregelen 'achter de voordeur' verwijzen we naar ons artikel 'Woonoverlast en de persoonlijke levenssfeer. Naar een balans tussen bescherming en beperking', binnenkort te verschijnen in *NJCM-Bulletin/NTM* 2011, nr. 3.

4 Bij de laatste wijzigingen van de Gemeentewet is de wetgever de voor publiek toegankelijke plaatsen gaan gebruiken in de zin van de openbare en voor publiek toegankelijke plaatsen. Het ware beter geweest hiervoor de term 'publieke ruimte' te reserveren: zie hierover J.G. Brouwer, & S. Wolfert, 'Openbare orde versturende twaalfminners', *Ars Aequi* 2011, p. 267-274.

5 Kamerstukken II 1985/86, 19 427, nr. 3, p. 15.



die verordening is gebaseerd, wordt toegestaan.²³ Ook andere gerechtshoven achten vervolging ter zake van overtreding van de verordening op basis van art. 184 WvSr niet toelaatbaar.²⁴ Zelfs als er – anders dan het hof Arnhem van oordeel is – wel aangevuld zou kunnen worden, dan zien wij nog andere problemen. Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat het gesloten stelsel van de Gemeentewet zich ertegen verzet dat de raad aan andere organen dan het college van B&W, de burgemeester en gemeentelijke commissies nieuwe bevoegdheden toekent.²⁵ En daarvan lijkt in de modelverordening toch sprake.

4.2 Bevoegdheden in bijzondere verordeningen krachtens de Gemeentewet

Zoals gezegd kan de gemeenteraad sinds 1983 niet meer op grond van zijn eigen autonome regelgevende bevoegdheid voorschriften vaststellen die een inbreuk vormen op grondwettelijke grondrechten. Zo kan de raad ook geen bevoegdheden voor de burgemeester creëren met behulp waarvan hij de uitoefening van grondrechten kan beperken, althans geen vergaande inbreuken.²⁶ Om die reden heeft de formele wetgever op diverse plaatsen in de Gemeentewet voor de raad de mogelijkheid in het leven geroepen om in veror-

deningen de burgemeester uit te rusten met vrijheidsbeperkende bevoegdheden.

Art. 151b Gemw attribueert aan de raad de bevoegdheid om de burgemeester te machtigen bij een (dreigende) verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens gebieden aan te wijzen waarbinnen de politie preventief kan fouilleren. Een zodanige aanwijzing maakt dit overigens nog niet mogelijk. Daarvoor is een last van de officier van justitie noodzakelijk. Hij kan krachtens het derde lid art. 50, 51 en 52 Wet wapens en munitie op een hem geschikt lijkend moment gelasten om tegenover eenieder de bevoegdheid uit te oefenen om verpakkingen van goederen, met inbegrip van reisbagage, vervoermiddelen en personen aan hun kleding te onderzoeken op de aanwezigheid van wapens of munitie.²⁷ Deze Wet preventief fouilleren is een legislatieve reactie op een in wezen illegaal experiment in 1999 in de Rotterdamse Millinxbuurt.²⁸ Als rechtsbasis voor het preventief fouilleren werd art. 2 Polw gekozen. Evident was en is evenwel dat de in dit artikel genoemde taakomschrijving van de politie niet de bevoegdheid geeft tot een grondrechtbeperkende maatregel als preventief fouilleren.²⁹

Vanwege de ingrijpendheid van de maatregel is tijdens de parlementaire behandeling sterk gehamerd op voldoende voorafgaande rechtsbescherming tegen preventieve fouilleren. Dat is echter niet

²³ Een nieuwe toelichting op de model-APV, waardoor buiten twijfel moet worden gesteld dat het gaat om een bevoegdheid die voortbouwt op art. 2 Polw, heeft geen zin. Die constructie stuit weer af op de eis van 'uitdrukkelijk'.

²⁴ Zie Hof Leeuwarden 16 november 2010, LJN BO4382; Hof 's-Gravenhage 10 juni 2010, nr. 2000321-09, LJN BN2161; Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2010, nr. 20-001665-09, LJN BM9992.

²⁵ ABRS 18 mei 1993, AB 1994, 333 (Pinkpop), m.nt. S.E. Zijlstra.

²⁶ Geringe inbreuken worden wel in de rechtspraak toegestaan; zie J.G. Brouwer, & M. Vols 'Autonome verordeningen en artikel 10 Grondwet', *Gst.* 2010 (7340), p. 385 e.v.

²⁷ Zie over het gebrek aan rechtsbescherming I. Tappeiner, J. de Visser, & A. Woltjer, 'Preventief fouilleren. Op zoek naar rechtsbescherming', *NJB* 2003, nr. 36, p. 1903-1904.

²⁸ "In een door misdaad geplaagde buurt, waar veel wapenmisbruik plaatsvindt, is iedereen potentieel wapenbezitter", zo luidde de rechtvaardiging destijds van de officier van justitie P. Oskam (*Trouw* 22 december 1999).

²⁹ Zie hierover J.P. Loof, 'Mag de overheid op zoek gaan naar de grenzen van haar bevoegdheden als daarbij de grondrechten in het geding zijn?', *NJCM-Bulletin* 2000, nr. 2, p. 666-667.

EEN DUIDELIJKE GRENS TUSSEN WELKE BEVOEGDHEID BIJ HET COLLEGE HOORT EN WELKE BIJ DE BURGEMEESTER IS IN ABSTRACTO MOEILIK TE GEVEN.

te hebben gemaakt van de onmiddellijkheidsbevoegdheden,¹² beschikken alle door overlast geplaagde gemeenten tegenwoordig over een verordening op basis waarvan de burgemeester gebiedsverboden kan opleggen.¹³

Van uniformiteit is geen sprake, de gronden op basis waarvan een gebiedsontzegging kan worden opgelegd, verschillen. Sommige verordeningen eisen dat de persoon zich aan een specifiek strafbaar feit schuldig gemaakt moet hebben. Andere zijn daarin veel minder concreet en geven de burgemeester de bevoegdheid tot oplegging van een gebiedsontzegging *"in het belang van de openbare orde, het voorkomen of beperken van overlast, het voorkomen of beperken van aantasting van het woon- en leefklimaat, de veiligheid van personen en goederen, de verkeersvrijheid of veiligheid en de gezondheid of zedelijkheid"*.¹⁴ Door middel van beleidsregels – zogenaamde gebruiksinstructies – wordt deze bevoegdheid weer ingekaderd, meestal door een omschrijving van de strafbare feiten waarop een gebiedsontzegging staat.¹⁵

In de mogelijke lengte van de gebiedsontzeggingen vallen eveneens forse verschillen te constateren. De periode loopt uiteen van acht dagen, tot enkele weken tot een halfjaar. Hoewel vanuit een oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid dit soort grote verschillen vragen oproepen, staat de gevoelde onredelijkheid daarvan niet ter beoordeling aan de rechter. De mogelijke ongelijkheid in regelgeving vloeit immers voort uit de grondwettelijk gewaarborgde autonomie van lokale besturen, die in beginsel zelf bepalen welke verordeningen in het belang zijn van de gemeente.¹⁶ Ook bij de uitvoering van dergelijke verordeningen komt de burgemeester als regel een ruime mate van beleidsvrijheid toe, die in de jurisprudentie wordt gerespecteerd.¹⁷

Een andere, betrekkelijk recent ingevoerde bevoegdheid is die op

grond waarvan de burgemeester een groepsverbod kan opleggen.¹⁸ Hoewel groepshinder als een van de meest ernstige vormen van overlast wordt ervaren, zien we deze verordening in nog maar weinig gemeenten. Veel gemeentebesturen zijn nog altijd druk doende met moeizame en soms oneigenlijke constructies te hanteren op basis waarvan een samenscholingsverbod kan worden opgelegd.¹⁹

In veel gemeenten vigeert een verordening met daarin een bevelsbevoegdheid voor de politie. Met kortdurende bevelen kan de politie een verstoring van de orde voorkomen of die herstellen. Die bevoegdheid heeft sterk aan belang gewonnen omdat de Hoge Raad in 2008 is teruggekomen van wat hij voor het eerst overweegt in het Stamgastenarrest, en later in het veel bekendere Zeijense nachbrakerarrest herhaalt.²⁰ In de taakomschrijving van art. 2 Politiewet (hierna: Polw) kan men niet langer een bevoegdheid lezen op basis waarvan vorderingen kunnen worden gedaan dan wel bevelen kunnen worden gegeven, waarvan de niet-naleving een misdrijf als bedoeld in art. 184 lid 1 eerste zinsnede WvSr oplevert.

Welke taak de politie ook verricht – de openbare-orderrechtelijke dan wel de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, hulpverlening dan wel uitvoering van haar justitiële taak – uit een bevel of vordering op basis van art. 2 Polw vloeit voor de aangesprokene geen rechtsplicht (meer) voort waarvan de niet-nakoming een strafbaar feit als bedoeld in art. 184 WvSr oplevert. Volgens de Hoge Raad kan hiervan alleen sprake zijn indien een bevel gegeven op grond van een uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid wordt overtreden.

Als gevolg van deze koerswijziging is de gemeentelijke verordening met daarin een bevelsbevoegdheid van de politie herontdekt.²¹ Kan de bevelsbevoegdheid in de algemene plaatselijke verordening (APV) de teloorgegangene functie van art. 2 Polw overnemen? Uit de toelichting op de modelverordening blijkt dat er niet wordt gepretendeerd een bevoegdheid te attribueren. De APV stelt slechts een sanctie op de niet-naleving van een deel van het totaal aan mogelijke bevelen die de politie kan opleggen op grond van art. 2 Polw. Indien zulks echter het geval is, kan niet-opvolging van een bevel geen misdrijf opleveren in de zin van art. 184 WvSr. Het gaat dan immers niet om een uitdrukkelijk gegeven bevel. Wellicht om die reden oordeelde de rechtbank Rotterdam in weerwil van de toelichting dat het niet gaat om een op art. 2 Polw gebaseerde bevoegdheid, maar om een nieuwe geattribueerde bevoegdheid.²²

Het hof Arnhem oordeelt dat een eigenstandige bevoegdheid in de verordening ook geen oplossing is. Dit zou in strijd zijn met de bovengrens. In een gemeentelijke verordening kunnen niet meer bevoegdheden worden toegekend dan in de formele wet waarop

12 Veelal is men zich niet bewust van de bijzonderheid van onmiddellijkheidsbevelen; zie bijv. A. Littooi, 'Langdurige gebiedsontzeggingen: nieuw instrument tegen drugsoverlast', GSt. 2003, nr. 7181, p. 37.

13 Zie hierover M.A.D.W. de Jong, 'De opgetuigde burgemeester. Over uitbreiding van bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde', GSt. 2004, nr. 7219, p. 673 e.v.

14 Zoals in art. 2.4.25 lid 1 APV Heerlen; die bepaling kwam aan de orde in ABRs 31 januari 2007, LJN AZ7437.

15 In het bijzonder bij gebiedsontzeggingen wordt volop gebruikgemaakt van het fenomeen van de gebruiksinstructie. Soms zijn deze instructies kleine wetboekjes op zich met allerlei voorschriften over in welke gebieden, onder welke omstandigheden wat voor soort gebiedsontzeggingen dienen te worden opgelegd.

16 J.G. Brouwer, & A.E. Schilder, *Gemeentelijke verordeningen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 17.

17 Zie recentelijk nog ABRs 15 december 2010, nr. 201000287/1/H3, JG 11.0017, m.nt. TB en Machteld Claessens.

18 Zie bijv. art. 2:8 APV Amsterdam: de burgemeester kan (als naar zijn oordeel sprake is van een ernstige verstoring of bedreiging van de openbare orde) een overlastgebied aanwijzen, waarin het verboden is zich op te houden in een groep van meer dan vier personen als dit leidt tot verstoring van de openbare orde.

19 Art. 2.1 lid 1 model-APV: "Het is verboden op de weg deel te nemen aan een samenscholing, onnodig op te dringen of door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot wanordelijkheden."

20 Over het wezen van de bevelsbevoegdheid in art. 2 (28 oud) Polw is door de jaren heen veel strijd gevoerd; zie hierover B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving, actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 82 e.v. Zie voor een actuele beschouwing J.W.P. van Heusden, 'Art. 2 Polw 1993, politiebevelen, artikel 184 WvSr en het handhaven van de openbare orde', GSt. 2010, 11.

21 Die bepaling luidt: "2. Hij die op een openbare plaats aanwezig is bij een voorval waardoor onregeligheden ontstaan of dreigen te ontstaan, of bij een tot toeloop van publiek aanleiding gevende gebeurtenis waardoor onregeligheden ontstaan of dreigen te ontstaan, dan wel zich bevindt in of aanwezig is bij een samenscholing, is verplicht op bevel van een ambtenaar van politie zijn weg te vervolgen of zich in de door hem aangewezen richting te verwijderen."

22 Rb. Rotterdam 21 januari 2010, nr. 10/692117-08, LJN BL0119.



die verordening is gebaseerd, wordt toegestaan.²³ Ook andere gerechtshoven achten vervolging ter zake van overtreding van de verordening op basis van art. 184 WvSr niet toelaatbaar.²⁴

Zelfs als er – anders dan het hof Arnhem van oordeel is – wel aangevuld zou kunnen worden, dan zien wij nog andere problemen. Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat het gesloten stelsel van de Gemeentewet zich ertegen verzet dat de raad aan andere organen dan het college van B&W, de burgemeester en gemeentelijke commissies nieuwe bevoegdheden toekent.²⁵ En daarvan lijkt in de modelverordening toch sprake.

4.2 Bevoegdheden in bijzondere verordeningen krachtens de Gemeentewet

Zoals gezegd kan de gemeenteraad sinds 1983 niet meer op grond van zijn eigen autonome regelgevende bevoegdheid voorschriften vaststellen die een inbreuk vormen op grondwettelijke grondrechten. Zo kan de raad ook geen bevoegdheden voor de burgemeester creëren met behulp waarvan hij de uitoefening van grondrechten kan beperken, althans geen vergaande inbreuken.²⁶ Om die reden heeft de formele wetgever op diverse plaatsen in de Gemeentewet voor de raad de mogelijkheid in het leven geroepen om in veror-

deningen de burgemeester uit te rusten met vrijheidsbeperkende bevoegdheden.

Art. 151b Gemw attributeert aan de raad de bevoegdheid om de burgemeester te machtigen bij een (dreigende) verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens gebieden aan te wijzen waarbinnen de politie preventief kan fouilleren. Een zodanige aanwijzing maakt dit overigens nog niet mogelijk. Daarvoor is een last van de officier van justitie noodzakelijk. Hij kan krachtens het derde lid art. 50, 51 en 52 Wet wapens en munitie op een hem geschikt lijkend moment gelasten om tegenover eenieder de bevoegdheid uit te oefenen om verpakkingen van goederen, met inbegrip van reisbagage, vervoermiddelen en personen aan hun kleding te onderzoeken op de aanwezigheid van wapens of munitie.²⁷ Deze Wet preventief fouilleren is een legislatieve reactie op een in wezen illegaal experiment in 1999 in de Rotterdamse Millinxbuurt.²⁸ Als rechtsbasis voor het preventief fouilleren werd art. 2 Polw gekozen. Evident was en is evenwel dat de in dit artikel genoemde taakomschrijving van de politie niet de bevoegdheid geeft tot een grondrechtbeperkende maatregel als preventief fouilleren.²⁹

Vanwege de ingrijpendheid van de maatregel is tijdens de parlementaire behandeling sterk gehamerd op voldoende voorafgaande rechtsbescherming tegen preventieve fouillering. Dat is echter niet

23 Een nieuwe toelichting op de model-APV, waardoor buiten twijfel moet worden gesteld dat het gaat om een bevoegdheid die voortbouwt op art. 2 Polw, heeft geen zin. Die constructie stuit weer af op de eis van 'uitdrukkelijk'.

24 Zie Hof Leeuwarden 16 november 2010, LJN BO4382; Hof 's-Gravenhage 10 juni 2010, nr. 2000321-09, LJN BN2161; Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2010, nr. 20-001665-09, LJN BM9992.

25 ABRs 18 mei 1993, AB 1994, 333 (Pinkpop), m.nt. S.E. Zijlstra.

26 Geringe inbreuken worden wel in de rechtspraak toegestaan; zie J.G. Brouwer, & M. Vols 'Autonome verordeningen en artikel 10 Grondwet', Gsf. 2010 (7340), p. 385 e.v.

27 Zie over het gebrek aan rechtsbescherming I. Tappeiner, J. de Visser, & A. Woltjer, 'Preventief fouilleren. Op zoek naar rechtsbescherming', NJB 2003, nr. 36, p. 1903-1904.

28 "In een door misdaad geplaagde buurt, waar veel wapenmisbruik plaatsvindt, is iedereen potentieel wapenbezitter", zo luidde de rechtvaardiging destijds van de officier van justitie P. Oskam (Trouw 22 december 1999).

29 Zie hierover J.P. Loof, 'Mag de overheid op zoek gaan naar de grenzen van haar bevoegdheden als daarbij de grondrechten in het geding zijn?', NJCM-Bulletin 2000, nr. 2, p. 666-667.

VEEL GEMEENTEBESTUREN ZIJN NOG ALTIJD DRUK DOENDE MOEIZAME EN SOMS ONEIGENLIJKE CON- STRUCTIES TE HANTEREN OP BASIS WAARVAN EEN SAMENSCHOLINGSVERBOD KAN WORDEN OPGELEGD.

gelukt. Alleen het aanwijzingsbesluit van de burgemeester wordt tot nu toe gezien als een appellabel besluit. De rechter kan dit besluit slechts marginaal toetsen, terwijl de burger nauwelijks dragende argumenten tegen het besluit kan aanvoeren, temeer daar het nog niet zeker is dat de officier daadwerkelijk de benodigde last zal geven.³⁰ De enige die werkelijk rechtsbescherming aan de burger kan bieden, is de strafrechter als de burger weigert zich preventief te laten fouilleren. Deze kan bescherming bieden indien bijvoorbeeld het door de burgemeester aangewezen gebied onredelijk groot is. In feite zou de rechter moeten ontslaan van alle rechtsvervolging indien de officier van justitie de last niet volgens het regime van de Awb bekendmaakt: de last voldoet immers aan alle kenmerken van een Awb-besluit. Bekendmaking is voor inwerkingtreding een constitutief vereiste.³¹

De Gemeentewet bevat nog een aantal van dit soort facultatieve opdrachten. Op grond van art. 151c Gemw kan de raad aan de burgemeester de bevoegdheid verlenen om indien dat in het belang van de handhaving van de openbare orde noodzakelijk is, besluiten tot plaatsing van vaste camera's voor een bepaalde duur ten behoeve van het toezicht op openbare plaatsen als bedoeld in de Wet openbare manifestaties en andere bij verordening aan te wijzen plaatsen die voor eenieder toegankelijk zijn.³²

Een andere opdracht staat in art. 154a Gemw. Op basis hiervan kan de raad de burgemeester de bevoegdheid verlenen om door de burgemeester aangewezen groepen van personen op een door de burgemeester aangewezen plaats tijdelijk te doen ophouden. Deze bestuurlijke ophouding moest indertijd een einde maken aan een praktijk om groepen van jongeren – provo's en krakers – 'preventief' vast te zetten of vlak voor een evenement naar een verafgelegen plek te vervoeren, zodat de politie een tijdje van ze af was. Op basis van art. 154a Gemw kunnen in de APV verbodsnormen worden aangewezen waarvan de groepsgewijze overtreding in (dreigende) noodomstandigheden kan leiden tot bestuurlijke detentie van groe-

pen van personen voor een periode van maximaal twaalf uren.³³ Tot nu toe blijkt het – moeizaam ontwikkelde³⁴ – instrumentarium aan zijn doel voorbij te schieten. Het middel van de bestuurlijke detentie is met zo veel procedurele en materiële waarborgen omgeven, dat de praktijk daar niet mee uit de voeten kan. Sinds het echec van de Almelose burgemeester³⁵ is de verwachting dat van het middel geen gebruik meer zal worden gemaakt. Omdat er echter behoefte bestaat aan het preventief kunnen verbannen van personen uit gebieden, wordt nu in Den Haag nagedacht over een nieuwe *light* variant van bestuurlijke ophouding.³⁶

4.3 Bevoegdheden in de Gemeentewet

In Hoofdstuk XI Gemw staat een aantal openbare-ordebevoegdheden voor de burgemeester. Waren dit tot voor kort uitsluitend onmiddellijke bevoegdheden, op 1 september 2010 zijn daar als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast – ten onrechte de Voetbalwet genoemd – een aantal reguliere bevoegdheden bijgekomen. We zullen alvorens aandacht te besteden aan de verschillende maatregelen als gebiedsverbod, meldingsplicht en 'avondklok' voor 12-minners ingaan op het onderscheid onmiddellijke en reguliere bevoegdheden.

4.3.1 Onmiddellijke bevoegdheden

Zo'n dertig jaar geleden beschikte de burgemeester nauwelijks over specifieke bevoegdheden om de orde in de publieke ruimte te handhaven. Hij moest het doen met het huidige art. 174 Gemw op grond waarvan hij toezicht uitoefent op voor publiek toegankelijk plaatsen, zoals op cafés en dergelijke. Daarnaast stonden de noodbevoegdheden hem ten dienste. Dan gaat het over het hedendaagse art. 175 Gemw met hierin de noodbevelsbevoegdheid en art. 176 Gemw met daarin de noodverordeningbevoegdheid.

De eerste twee artikelen bevatten bevoegdheden om kortstondig bevelen te geven en het derde artikel een bevoegdheid om tijdelijk een algemeen verbindend voorschrift in het leven te roepen. Kortstondig en tijdelijk, omdat de maatregelen die de burgemeester bedenkt matig tot zwak democratisch zijn gewaarborgd. Aan de uitoefening van de bevelsbevoegdheden worden niet of nauwelijks formele eisen gesteld. Ze zijn immers bedoeld om onmiddellijk ingezet te worden in acute nood- of crisissituaties. De handhaving van de bevelen gebeurde door de politie door middel van feitelijk optreden.

Met betrekking tot deze bevelsbevoegdheden hebben zich twee ontwikkelingen voorgedaan waarin de burgemeester van Amsterdam een belangrijke rol heeft gespeeld. Vanwege een gebrek aan reguliere middelen om drugsoverlast en de hiermee samenhangende

30 ABR 9 november 2005, LJN AU5839, Gst. 2006, 15, m.nt. A.J.Th. Woltjer, AB 2006, 90, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder; ABR 27 oktober 2010, LJN BO1869.

31 Zie onze commentaren onder HR 20 februari 2007, AB 2007, 259, NJ 2007, 379; ABR 9 november 2005, AB 2006, 90 en V.z. Rb. Alkmaar 16 juni 2003, AB 2003, 419. Zie voor een beschouwing over de mogelijke onverenigbaarheid met art. 8 EVRM: D.G.J. Sanderink, 'Ongericht fouilleren in het Verenigd Koninkrijk en Nederland. Het arrest van het EHRM inzake Gillan en Quinton tegen het Verenigd Koninkrijk', Gst. 2010, 50.

32 Zie voor een arrest toen het cameratoezicht nog geen wettelijke basis had HR 20 april 2004, nr. 02632/02, LJN AL8449.

33 De verbodsnormen waarvoor in de praktijk wordt gekozen zijn veelal: hinderlijk gedrag op of aan de weg, drankgebruik, openlijk meevoeren van messen/wapens, gebruik van vuurwerk en openen van straatkolken (zoals in de APV's van Zwolle, Maastricht en Leeuwarden). In een noodsituatie kan de burgemeester van de bevoegdheid tot bestuurlijke ophouding in art. 176a Gemw gebruikmaken.

34 Vanwege de mogelijke strijd met art. 6 EVRM bestond er in de Eerste Kamer grote weerstand tegen het wetsvoorstel. We bespraken uitvoerder de spanning met zowel de Grondwet als het EVRM in 'Bestuurlijke detentie', in: *Burgers beschermd. Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 2000*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 2000, p. 81.

35 ABR 9 augustus 2006, AB 2006, 413, m.nt. JGB/AES.

36 *Kamerstukken II*, 2009/09, 28 684, 29 754, nr. 134, Rapport Bestuur, recht en veiligheid.



verloedering van de stad aan te pakken, zette deze burgemeester de noodbevoegdheid van art. 175 Gemw eind vorige eeuw gedurende een lange reeks van jaren op structurele basis in. Om de hierdoor getroffen junks en dealers rechtsbescherming te bieden, goot de burgemeester de noodbevelen in de vorm van een besluit: ze werden gemotiveerd, op schrift gesteld en behoorlijk bekendgemaakt. Bij zowel de structurele inzet als de besluitvorm van het bevel kunnen we kritische kanttekeningen plaatsen. Wij achten het bepaald niet ondenkbaar dat de burgemeester in sommige situaties besluiteloos moet kunnen optreden.³⁷

4.3.2 Reguliere bevoegdheden

Sinds de invoering van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast op 1 september 2010 bevat de Gemeentewet ook een aantal reguliere bevoegdheden voor de burgemeester om verstoringen van de openbare orde in de zin van straatoverlast aan te pakken. Abusievelijk bezigt de wetgever in deze gevallen de term 'bevel', daarmee het verschil negerend tussen een besluit en een bevel: met bevelsbevoegdheden kent de wetgever aan de burgemeester de vrijheid toe om zelf – kortstondig – passende maatregelen te bedenken en er – indien nodig – het besluitkarakter aan te onthouden. Die mogelijkheden ontbreken ten enenmale in art. 172a en 172b Gemw. Het betreffen altijd besluiten in de zin van de Awb en steeds door de wetgever gefixeerde maatregelen.

Art. 172a Gemw geeft de burgemeester de bevoegdheid een gebiedsontzegging, een stadionverbod of een objectverbod op te leggen indien (a) een persoon herhaaldelijk individueel of groepsgewijs de openbare orde heeft verstoord of bij groepsgewijze verstoring van de openbare orde een leidende rol heeft gehad en (b) er ernstige vrees bestaat voor verdere verstoring van de openbare orde. De periode van een gebiedsontzegging beslaat maximaal drie maanden en kan drie keer met eenzelfde periode worden verlengd.

Wat de reden van invoering is geweest is onduidelijk, want alle maatregelen waren in beginsel al mogelijk op basis van plaatselijke verordeningen. De toepassingscriteria van art. 172a Gemw zijn alleen veel strenger dan die in verordeningen staan: er moet volgens de wet sprake zijn van een herhaaldelijke verstoring van de openbare orde en ernstige vrees voor verdere verstoring daarvan. Herhaaldelijk betekent volgens de wetsgeschiedenis dat sprake moet zijn van een structureel patroon van overlast. Deze en vergelijkbare termen zijn bij voortduring gebezigd tijdens de parlementaire behandeling.³⁸

Aanvankelijk diende de herhaaldelijke ordeverstoring in dezelfde gemeente te hebben plaatsgevonden, in een latere fase van de parlementaire behandeling is wel betoogd dat deze eis niet geldt.³⁹ In de *Kamerstukken* valt dit echter niet terug te vinden.

De derde voorwaarde – ernstige vrees voor verdere verstoring – kan de burgemeester in het geval van structurele ordeverstoringen

³⁸ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 467, nr. 3, par. 3.1.3.

³⁹ A.B. Engberts, 'Deze wet is een niet te missen kans', *NJB* 2010, p. 1600.

gemakkelijk construeren. Ernstige vrees valt echter – denken wij – niet uit twee ordeverstoringen af te leiden, zoals de Amsterdamse voorzieningenrechter doet.⁴⁰ Hiervoor dient de burgemeester over meer gebeurtenissen en achtergronden in zijn dossier te beschikken. Een vierde voorwaarde voor de burgemeester is nog dat hij moet afwachten of de officier van justitie maatregelen tegen de ordeverstoorder neemt.⁴¹

Waarom heeft de wetgever gemeend art. 172a Gemw het licht te moeten doen zien, als de burgemeester deze maatregelen ook al op basis van verordeningen kan nemen zonder aan al die zware eisen te hoeven voldoen? Waarschijnlijk was de wetgever niet dan wel onvoldoende op de hoogte van het lokale instrumentarium.⁴²

Gelukkig hebben de bestaande lokale regelingen geen averij opgelopen door art. 172a Gemw. Zij behouden hun rechtskracht. De wetgever heeft de voorrangsregeling van art. 122 Gemw op grond waarvan lokale verordeningen die in hetzelfde onderwerp voorzien bij inwerkingtreding van hogere voorschriften vervallen, uitdrukkelijk uitgesloten.⁴³ Het staat gemeentebesturen zelfs vrij om nieuwe voorschriften op het terrein van het door deze wet geregelde onderwerp uit te vaardigen. Dit laatste volgt uit de openingswoorden van art. 172a Gemw: *“Onverminderd (...) hetgeen bij gemeentelijke verordening is bepaald omtrent de bevoegdheid van de burgemeester om bevelen te geven ter handhaving van de openbare orde.”* De minister heeft dit keer op keer bevestigd.⁴⁴

Tijdens de parlementaire behandeling is door de regering opgemerkt dat de toegevoegde waarde van art. 172a Gemw schuilt in de mogelijkheid van langer durende sancties.⁴⁵ Dat moet echt een misverstand zijn. De Grondwet kent geen recht op bewegingsvrijheid. Art. 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM maakt voor mogelijke inbreuken op het recht geen onderscheid tussen het niveau van regelgeving. Het toetsingskader voor de formele en de gemeentelijke wetgever is identiek. Van belang is of de maatregel als *herstelsanctie* gericht is op de handhaving van de openbare orde: daar dient de maximale duur op afgestemd te zijn. Al jaren kennen we APV's met daarin de mogelijkheid van een stadionomgevingsverbod voor een periode van twee jaren. Art. 172a Gemw kent een maximum van drie maanden, maximaal tot drie keer te verlengen tot een jaar.⁴⁶

Naar aanleiding van de eerder besproken uitspraak van de kantonrechter in Utrecht is in een heel laat stadium aan art. 172a Gemw de bevoegdheid voor de burgemeester toegevoegd om een groepsverbod op te leggen. De toepassingsseisen hiervoor zijn dezelfde als voor de overige maatregelen, heel streng derhalve. Dat heeft de burgemeester van Amsterdam inmiddels aan den lijve ondervonden.⁴⁷ We verwachten daarom dat veel gemeenteraden alsnog besluiten een zodanige bevoegdheid in de APV op te nemen, bijvoorbeeld als variant op de gebiedsontzegging. Dat is heel goed mogelijk, in

sommige steden vigeert al een dergelijke verordening. In plaats van dat aangeschreven personen de toegang tot bepaalde plaatsen wordt ontzegd, krijgen ze nu geclausuleerd toegang, namelijk om zich met niet meer dan drie andere personen in een (risico)gebied te begeven.⁴⁸

Een volledig nieuw element in art. 172a Gemw is de meldingsplicht. Parlementariërs veronderstelden hiermee een Engels element te introduceren. De Public Order Act kent een meldingsplicht als deze echter niet. De maatregel moet zijn nut bewijzen bij hooligans met een stadionverbod en bijvoorbeeld bij reltrappers in de nieuwjaarsnacht. Niet geregeld en derhalve onduidelijk is met welke regelmaat een persoon kan worden verplicht zich te melden. Tot nu toe nemen bestuurders – mede in verband met de evenredigheidstoets – aan één keer op een dag. Het is lastig om de meldingsplicht steeds te duiden als een herstelsanctie in verband met de openbare orde. De persoon moet zich op een afgesproken tijdstip melden op bijvoorbeeld een politiebureau, maar na een paar minuten is hij weer vrij man. De meldingsplicht kan in feite alleen als een reële herstelsanctie worden gezien, indien de supporter zich in een andere stad moet melden dan waar zijn club voetbalt.

In art. 172b Gemw introduceert de wetgever bijzondere maatregelen voor 12-minners. De burgemeester kan een avondklok, gebiedsontzegging en objectverbod opleggen indien de 12-minner de openbare orde herhaaldelijk groepsgewijs heeft verstoord. Anders dan de maatregelen in art. 172a Gemw gaat het hier om maatregelen die zich richten tot de ouders of verzorgers van de 12-minner. Hun kind mag zich 's avonds en 's nachts niet zonder begeleiding in de publieke ruimte bevinden, dan wel zonder begeleiding in een omschreven gebied dan wel in de omgeving van een bepaald object.⁴⁹

Bij de Eerste Kamer stuitte met name de avondklok op grote bezwaren. De regering moest zich in allerlei bochten wringen om dit onderdeel van het wetsvoorstel – dat het gevolg is van de aanvaarding van het amendement-Kuiken door de Tweede Kamer – aanvaard te krijgen. De gekozen verdedigingslinie heeft niet altijd bijgedragen aan de systematische ontwikkeling van openbare-orde-recht, zoals we al schreven in paragraaf 3 over het begrip 'openbare orde'.

5. Slot

In dit artikel hebben we laten zien dat het openbare-orde-recht in het laatste decennium een enorme vlucht heeft doorgemaakt. Bevoegdheid op bevoegdheid werd gestapeld, van een systematische ontwikkeling is allesbehalve sprake geweest. Incidentalisme vierde hoogtij. De maatregelen en instrumenten zijn niet zelden onvoldoende overdacht om werkelijk tot succes te leiden.

Zonder meer ernstig is dat de laatste wijzigingen van de Gemeentewet op geen enkele wijze zijn afgestemd op wat lokaal al mogelijk was. Het valt te hopen dat de rechter de strenge eisen die gelden voor toepassing van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast niet ook gaat hanteren bij de lokale instrumenten. Dan zouden we de klok twintig jaar terugzetten.

40 Rb. Amsterdam 18 februari 2011, LJN BP5057.

41 Dit volgt uit art. 509hh WvSv jo art. 172a lid 3 Gemw.

42 J.G. Brouwer, & A.E. Schilder, 'De Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast', TvCR 2011, nr. 2, p. 195-202.

43 Zie art. III A Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast.

44 Zie bijv. Kamerstukken I, 2009/10, 31 467, E, p. 7.

45 Kamerstukken I 2009/10, 31 467, E, p. 7; ook Engberts, a.w.

46 Posterieure verordeningen lopen geen gevaar als gevolg van de opening van art. 172a Gemw: *“onverminderd ...”*

47 Rb. Amsterdam 18 februari 2011, LJN BP5057; de rechter schorst het groepsverbod, omdat het politierapport te weinig informatie bevat over de precieze rol van de supporter bij de ordeverstoringen. De vaststelling dat hij tot een groep behoort die daar aanwezig was, is niet genoeg. Ook blijkt niet dat de supporter de leider van de groep was.

48 Zie bijv. art. 2.8 APV Amsterdam: (1) De burgemeester kan een gebied aanwijzen als overlastgebied als daar naar zijn oordeel sprake is van een ernstige verstoring of bedreiging van de openbare orde. (2) Het is verboden zich in een overlastgebied op te houden in een groep van meer dan vier personen als dit leidt tot verstoring van de openbare orde.

49 Per abuis spreekt de wetgever hier van voor publiek toegankelijke plaatsen.

We kunnen vaststellen dat als gevolg van de wildgroei van bevoegdheden tegen overlast het bestuur regelmatig verdwaalt in het woud dat openbare-orderecht heet. In een zodanige situatie is het een illusie om te denken de rechter duidelijkheid kan brengen. Die zal toch echt van de wetgever moeten komen.

Een openbare-ordewet met een consequente hantering van de plaatsbegrippen, met een evenwichtige bevoegdheidsverdeling

tussen lokaal en centraal niveau alsmede met heldere definities van de begrippen zou veel winst kunnen opleveren. Een duidelijke omschrijving van het begrip 'openbare orde' is misschien wel van het allergrootste belang. Gelet op de sleutelrol van dit begrip zou de rechtszekerheid hiermee in ieder geval zeer gediend zijn. Dat zal gewaardeerd worden door niet alleen het bestuur en de burger, maar ook door de rechter.

Bevoegdheden in de Gemeentewet

Art. 151b: preventief fouilleren	Raad machtigt burgemeester bij verordening om veiligheidsrisicogebied aan te wijzen; officier van justitie gelast tot preventief fouilleren.
Art. 154a: bestuurlijke ophouding	Raad machtigt burgemeester bij verordening om tot bestuurlijke ophouding te besluiten bij overtreding van specifieke raadsvoorschriften.
Art. 176a: bestuurlijke ophouding	Onmiddellijke bevoegdheid burgemeester tot bestuurlijke ophouding in 'noodsituaties'.
Art. 151c: plaatsing vaste camera's	Raad machtigt burgemeester bij verordening om plaats aan te wijzen voor camera's.
Art. 172a: maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast	Reguliere bevoegdheid voor burgemeester om gebiedsontzegging, stadionverbod, objectverbod en meldingsplicht op te leggen.
Art. 172b: maatregelen voor 12-minners	Reguliere bevoegdheid voor burgemeester om 'avondklok', gebiedsontzegging of objectverbod aan 12-minners op te leggen.
Art. 172 lid 3: 'lichte' bevelsbevoegdheid	Onmiddellijke bevelsbevoegdheid burgemeester bij (dreigende) ordeverstoringen.
Art. 175: noodbevelsbevoegdheid	Onmiddellijke bevelsbevoegdheid burgemeester in noodsituaties, afwijking van wetten mogelijk m.u.v. Grondwet.
Art. 176: noodverordeningen	Onmiddellijke bevoegdheid burgemeester tot afkondiging algemeen verbindende voorschriften, afwijking van wetten mogelijk m.u.v. Grondwet; instemming gemeenteraad achteraf.

Bevoegdheden voor de burgemeester in lokale verordeningen

Gebiedsontzegging	Reguliere bevoegdheid burgemeester om de toegang tot een gebiedsdeel in de gemeente te ontzeggen.
Groepsverbod	Reguliere bevoegdheid burgemeester om overlastgebied aan te wijzen; hierin geldt verbod om met meer dan vier personen samen te komen als dit leidt tot verstoring van de openbare orde.
Stadionomgevingsverbod	Reguliere bevoegdheid burgemeester om de toegang tot een gebiedsdeel in de gemeente te ontzeggen waarbinnen het stadion is gelegen.

Prof. mr. J.G. Brouwer is hoogleraar algemene rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Groningen en directeur van het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid. Prof. mr. A.E. Schilder is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU Amsterdam. Beiden zijn rechter-plaatsvervanger.